

---

## Synthèse

Danièle Lochak

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6872>

DOI : 10.4000/crdf.6872

ISSN : 2264-1246

### Éditeur

Presses universitaires de Caen

### Édition imprimée

Date de publication : 31 décembre 2008

Pagination : 123-128

ISBN : 978-2-84133-259-5

ISSN : 1634-8842

### Référence électronique

Danièle Lochak, « Synthèse », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 6 | 2008, mis en ligne le 11 décembre 2020, consulté le 13 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6872> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6872>

---

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

# SYNTHÈSE

Danièle LOCHAK

Professeure à l'Université de Nanterre – Paris X

---

I. Pouvoirs exceptionnels : mais encore ?

II. Peut-on / doit-on institutionnaliser les pouvoirs exceptionnels ?

III. Des contrôles nécessaires, mais illusoires ?

IV. La banalisation de l'exception

V. Conclusion : l'exception permanente, la démocratie et l'État de droit

Au terme de ces deux journées d'exposés et de débats particulièrement riches, le rôle qui m'est imparti, comme toujours lorsqu'il faut tenter une synthèse, est particulièrement délicat : on ne peut se borner à résumer ce qui a été dit en paraphrasant les auteurs, mais on ne doit pas non plus, en sens inverse, laisser libre cours à sa subjectivité. J'ai été malgré tout rassurée en constatant que les quelques idées et interrogations qui m'étaient venues en réfléchissant au thème de ce colloque étaient très largement partagées par les intervenants : cette convergence limite le risque de subjectivité et donne à mon propos une orientation plus collective. Ceux à qui j'ai emprunté leurs idées pour réaliser cette synthèse me pardonneront aussi, pour cette raison, de ne pas les citer tous. Le lecteur n'aura aucun mal à rendre à chacun ce qui lui appartient.

C'est à dessein que je n'insisterai pas sur un point évidemment central : la menace que les pouvoirs d'exception font peser sur les droits fondamentaux. Que pourrait-on ajouter, ici, au tableau souvent consternant que nous ont dressé les intervenants ? Le simple contenu des textes destinés à encadrer les pouvoirs exceptionnels atteste que la régression des libertés en est la conséquence inéluctable ; et la pratique, hélas, le confirme, puisque même des droits réputés indérogeables, comme l'interdiction de la torture, sont remis en cause et que l'*habeas corpus* disparaît dans les pays mêmes où il semblait le plus solidement enraciné.

J'articulerai donc les réflexions que m'a inspirées l'écoute attentive de ce qui s'est dit pendant ces deux jours autour de quatre questions saillantes : la nécessité de clarifier le concept d'« exceptionnel », les problèmes théoriques et pratiques que soulève l'institutionnalisation des pouvoirs exceptionnels, l'effectivité – ou l'ineffectivité – des contrôles, la banalisation de l'exception. Je conclurai par une remarque – pessimiste – sur la perversion de la démocratie et de l'État de droit lorsque l'exception devient permanente.

## I. Pouvoirs exceptionnels : mais encore ?

Une des questions qui est revenue de façon récurrente touche à la difficulté même de définir les pouvoirs exceptionnels et de cerner la notion d'exception.

Premier aspect de la question : le qualificatif d'« exceptionnel » renvoie-t-il aux pouvoirs eux-mêmes – ce qui revient à définir les pouvoirs exceptionnels comme des pouvoirs exorbitants du droit commun – ou à la situation à laquelle ils visent à faire face ?

On est évidemment tenté de faire observer que les deux sont liés, puisque c'est la situation d'exception qui justifie l'usage de pouvoirs exorbitants du droit commun. Mais la formule « exorbitant du droit commun » n'a pas

de contenu conceptuel clair, sinon que, intuitivement, on comprend qu'il s'agit de pouvoirs plus étendus que ceux qui sont prévus pour être exercés dans les périodes normales, impliquant une idée de dérogation. Gilles Lebreton nous a proposé de distinguer entre l'urgence, qui justifie des dérogations aux normes prévues pour les périodes « normales », et l'idée de « salut public », qui implique un véritable bouleversement de la légalité. Il semble légitime de parler dans les deux cas de pouvoirs exceptionnels ; mais cela montre que l'expression peut renvoyer à des hypothèses très différentes.

Deuxième aspect de la question : le terme « exceptionnel » connote le provisoire, le temporaire. Or les pouvoirs exceptionnels peuvent rester utilisés longtemps, voire être intégrés à la législation permanente (ce qui pose une autre question, qu'on examinera plus loin : peut-on institutionnaliser l'exception sans qu'elle perde son statut d'exception ?).

Nombreux sont les intervenants qui ont soulevé le problème. François Saint-Bonnet nous a dit qu'il fallait distinguer l'état d'exception comme moment par définition fugace, temporaire, pour faire face à un péril donné, d'un autre état d'exception qui consiste en une modification en profondeur d'un système juridique destinée à faire face à des périls durables tels que le terrorisme. À ses yeux, seule la première hypothèse répond, à strictement parler, à la définition de l'exception. Il a sans doute conceptuellement raison... mais les faits sont têtus : force est de constater que l'exception tend à perdurer, soit parce que les lois d'exception restent en vigueur bien après que les circonstances qui les ont justifiées ont pris fin, soit parce que l'état du monde aujourd'hui, ou la perception qu'on en a, fait qu'on vit en permanence dans l'exception.

La tendance inexorable des législations d'exception à devenir permanentes ne date pas d'aujourd'hui. Les fameuses « lois scélérates » votées en 1893-1894, à la suite des attentats anarchistes (et qui, soit dit en passant, n'étaient en rien nécessaires car l'arsenal pénal existant était largement suffisant pour lutter contre le « péril anarchiste »), n'ont jamais été expressément abrogées et sont ainsi restées en vigueur longtemps après que les circonstances qui leur avaient donné naissance ont disparu. On peut aussi rappeler le sort des deux décrets-lois de 1939, adoptés à l'approche de la guerre : le premier soumettait les associations étrangères à l'autorisation préalable et au contrôle étroit du ministre de l'Intérieur, le second permettait à ce même ministre d'interdire la diffusion de toute publication d'origine étrangère. Textes de circonstances, certes, justifiés par le climat troublé de l'avant-guerre. Mais le fait est que le premier de ces textes n'a été abrogé qu'en 1981 et que le second ne l'a été qu'à l'issue d'une longue lutte contentieuse qui s'est poursuivie même après que la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Ekin* de 2001, l'a déclaré contraire à l'article 10 de la Convention<sup>1</sup>.

Autre exemple, plus récent : c'est au nom de la lutte contre le terrorisme que la loi du 15 novembre 2001 sur la

sécurité quotidienne, adoptée dans la foulée du 11 septembre, a donné à la police de nouvelles prérogatives, en matière de fouille des véhicules et de perquisitions notamment : présentées comme devant être limitées dans le temps, ces dispositions ont été déconnectées de tout lien avec le terrorisme et pérennisées par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Wanda Mastor nous a rappelé de même qu'une bonne partie des dispositions du *Patriot Act*, adoptées initialement pour une période de quatre ans, ont finalement été transformées en mesures permanentes. Quant à l'Égypte, comme l'a relevé Emmanuel Decaux, elle vit sous un régime d'exception depuis l'assassinat du président Sadate en 1981, l'état d'urgence ayant été prorogé depuis lors sans interruption.

On change donc ici de perspective : l'exception et l'exceptionnel ne renvoient plus au caractère temporaire d'une situation mais à sa gravité. Cette dérive est bien connue des administrativistes. On sait par exemple que le juge a fait jouer la théorie des circonstances exceptionnelles en dehors de toute circonstance à proprement parler exceptionnelle, lorsque le respect strict de la légalité risquait d'engendrer des troubles graves. L'affaire Couitéas illustre très précisément cette hypothèse : dans cet arrêt rendu en 1923, le Conseil d'État admet que le gouvernement a pu légalement refuser le concours de la force armée pour l'exécution d'un jugement ordonnant l'expulsion de tribus autochtones du domaine dont le requérant était propriétaire en Tunisie en raison des troubles graves qui auraient pu résulter de cette expulsion, sans aucune référence à des circonstances spécifiques de temps ou de lieu.

La notion d'urgence subit la même inflexion ou le même détournement de sens. L'urgence implique *a priori* l'idée qu'il faut agir vite et justifie que l'on soit délié du respect des garanties procédurales susceptibles de ralentir le cours de l'action publique. Pourtant, l'« état d'urgence » désigne un régime de pouvoirs étendus permettant aux pouvoirs publics, confrontés à une situation considérée comme grave, d'agir énergiquement – mais pas forcément d'agir dans l'urgence. De même, dans le régime de l'expulsion, l'« urgence absolue » inclut des hypothèses où il n'y a pas à proprement parler urgence : ainsi, le Conseil d'État accepte qu'il soit passé outre à la consultation de la commission d'expulsion alors même que l'étranger est détenu, estimant que l'urgence peut être caractérisée au regard de la seule gravité de la menace pour l'ordre public, sans que soit invoquée la nécessité d'agir vite.

## II. Peut-on / doit-on institutionnaliser les pouvoirs exceptionnels ?

Deuxième question saillante : faut-il institutionnaliser – c'est-à-dire, selon les cas, constitutionnaliser ou légaliser – les pouvoirs exceptionnels ? Est-ce du reste possible ?

1. Il a fallu, en effet, demander l'abrogation du décret au Premier Ministre, puis attaquer devant le Conseil d'État le refus implicite d'abrogation. Une fois ce refus annulé, de longs mois ont encore été nécessaires pour obtenir l'exécution de la décision du Conseil d'État.

L'observation nous montre que le droit positif prétend encadrer les pouvoirs exceptionnels, ce qui revient, d'un même mouvement, à leur donner une existence officielle, à les institutionnaliser. Les motivations sont multiples. D'abord, en encadrant les pouvoirs exceptionnels par le droit positif, on postule que les limites ainsi posées seront respectées. Cet encadrement est aussi plus conforme au principe de la sécurité juridique, comme le montre la comparaison entre la législation sur l'état d'urgence et la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles : dans le premier cas, on détermine à l'avance les prérogatives conférées à l'exécutif, l'étendue des pouvoirs de la police ; dans le second, le juge décide *a posteriori* que l'inobservation de telle ou telle règle légale était ou n'était pas justifiée dans le contexte de l'espèce et que la mesure prise est ou non légale. Enfin, l'encadrement en amont est également censé empêcher un usage excessif des pouvoirs exceptionnels, alors que la théorie des circonstances exceptionnelles permet seulement de sanctionner ces excès après coup.

Les modalités d'encadrement des pouvoirs exceptionnels sont très variables. Dans certains cas leur usage est prévu dans la constitution : c'est plutôt le cas des constitutions récentes, alors qu'une constitution ancienne comme celle des États-Unis est muette à cet égard. La Constitution peut notamment prévoir que seul le législateur est compétent pour autoriser des entorses aux droits fondamentaux rendues nécessaires par les circonstances. Enfin, les conventions internationales – la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte sur les droits civils et politiques – contiennent des dispositions autorisant des dérogations à la garantie des droits qu'elles proclament.

Le contenu de l'encadrement est lui aussi variable. Les textes peuvent prévoir les conditions dans lesquelles on peut avoir recours aux pouvoirs exceptionnels, l'autorité compétente pour déclarer, prolonger ou mettre fin à leur usage, les autorités habilitées à exercer les pouvoirs exceptionnels, les prérogatives qui leur sont conférées et l'étendue possible des restrictions aux libertés, l'organe compétent pour contrôler l'usage des pouvoirs exceptionnels, l'étendue et les modalités de ce contrôle.

Mais l'encadrement n'est jamais exhaustif. Les textes précisent selon les cas un tel des points que l'on vient d'énumérer, mais pas tel autre. Par exemple, la loi française sur l'état d'urgence prévoit les circonstances qui justifient de conférer des pouvoirs accrus de l'Exécutif (le péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public), décrit la procédure de déclaration et de prorogation de l'état d'urgence, les prérogatives supplémentaires accordées à l'administration et les restrictions aux libertés corrélatives. Mais l'article 16 de la Constitution énumère simplement les circonstances qui justifient sa mise en œuvre et se borne pour le reste à donner au président de la République le pouvoir de prendre « les mesures exigées par ces circonstances », sans plus de précision.

On relève que l'encadrement des pouvoirs exceptionnels fait souvent référence à l'idée de proportionnalité : les restrictions autorisées aux libertés sont fonction de la gravité des circonstances. On trouve cette notion de pro-

portionnalité dans le cas des dérogations autorisées à la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi dans le cadre de la théorie des circonstances exceptionnelles. Le paradoxe, c'est que la proportionnalité est mieux contrôlée dans cette seconde hypothèse, parce qu'elle est contrôlée *ex post*, au regard de circonstances concrètes, que lorsqu'elle est appréciée *ex ante*, donc abstraitement.

Mais une fois posé le constat que le droit positif s'efforce d'encadrer les pouvoirs exceptionnels, une série de questions surgissent, les unes d'ordre théorique, les autres d'ordre pratique.

- Sur le plan théorique, on peut se demander si l'idée même d'institutionnalisation des pouvoirs exceptionnels ne renferme pas une contradiction. Plusieurs intervenants ont évoqué ce qui semble bien constituer une aporie.

- D'abord, peut-on ambitionner de prévoir et d'encadrer l'exception alors que l'exception est par essence ce qui échappe aux règles – et donc aux règles qui ont été posées pour l'encadrer ? Inscrits dans la constitution, les pouvoirs exceptionnels sont-ils encore des pouvoirs d'exception, s'est interrogée Laureline Fontaine, tandis que Jean-Christophe Le Coustumer rappelait qu'exception et norme semblent de prime abord dans un rapport d'opposition complète, c'est-à-dire d'exclusion réciproque. Ce qui est exceptionnel, par définition, ne peut être « normal » et donc ne peut être saisi par la norme.

- Comment peut-on, ensuite, prétendre légaliser l'illégal (c'est bien là le paradoxe de la théorie des circonstances exceptionnelles) ? La formule « nécessité fait loi » tient d'abord de la facilité rhétorique, car c'est pervertir le droit que d'y inclure sa propre violation ; elle est subversive de tout ordre juridique, nous dit François Saint-Bonnet, en ce sens que, dans le même mouvement où l'on viole la règle, la nécessité vient laver la violation qui cesse dans l'instant d'en être une. Cette formule, ajoute-t-il, prend le contre-pied d'une autre, apparemment proche : « nécessité n'a point de loi ». Mais la première formulation n'est-elle pas une façon hypocrite d'exprimer la même idée que la seconde ?

- Sur le plan pratique, les difficultés ne sont pas moindres.

- D'abord, peut-on dire à l'avance ce qui justifiera le recours à des pouvoirs d'exception ? D'une certaine façon, la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, où le juge apprécie *ex post* s'il était légitime de violer la légalité, est plus logique, même si elle est moins satisfaisante pour l'esprit.

- Se pose ensuite la question de l'effectivité des limites posées par les textes – question sur laquelle on reviendra plus loin à propos du contrôle du juge. Comment peut-on imaginer que les règles de fond et de forme inscrites dans le texte constitutionnel ou dans les textes de loi seront respectées, alors qu'on est par hypothèse dans des situations imprévisibles qui nécessitent beaucoup de souplesse ? Si on est vraiment dans un contexte d'exception, n'y a-t-il pas un risque qu'on soit dans l'incapacité de faire respecter les procédures et les modalités de contrôle prévues par les textes ?

- Enfin – et nous reviendrons sur ce point également plus loin – il faut s'interroger sur l'impact de l'inscription

des pouvoirs exceptionnels dans un texte écrit, sur leur institutionnalisation : d'un côté, certes, on les encadre, mais de l'autre on les légitime et on les banalise.

### III. Des contrôles nécessaires, mais illusoires ?

Si le recours aux pouvoirs exceptionnels est justifié par l'« évidente nécessité », on ne peut pas croire sur parole ceux qui invoquent cette nécessité : d'où l'importance de prévoir des contrôles. Mais on se trouve ici confronté à une nouvelle contradiction : le contrôle est d'autant plus nécessaire que les pouvoirs sont exorbitants et donc dangereux pour les libertés, mais il risque aussi d'être d'autant plus illusoire. N'est-il pas en effet illusoire de penser qu'on peut contrôler l'exercice d'un pouvoir qui, justement, entend être affranchi du respect des règles de droit faites pour les périodes normales ?

L'étendue du contrôle est généralement assez limitée, soit du fait des textes eux-mêmes, soit du fait de l'organe contrôleur qui a tendance, parce qu'on est en période exceptionnelle, à vouloir laisser à l'exécutif une grande liberté d'action pour faire face aux circonstances. L'attitude du Conseil d'État pendant la guerre d'Algérie illustre particulièrement bien cette tendance. On peut citer, à cet égard, les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire Rubin de Servens, à propos de la mise en œuvre de l'article 16 : « Dans ce huis-clos à trois personnages [le Chef de l'État, le Parlement, le peuple], vous n'avez pas, Messieurs, votre place, et tout contrôle intervenant *a posteriori* serait de votre part ou inutile – ou dérisoire ». Plus récemment, appelé à se prononcer sur le décret déclarant l'état d'urgence, le Conseil d'État a tenu à souligner que « le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial », rendant ainsi plus difficile la preuve du caractère non nécessaire de la déclaration de l'état d'urgence (CE, référé, 14 novembre 2005).

Même lorsque le contrôle est prévu par les textes et qu'il est exercé dans des conditions satisfaisantes, l'effectivité en est souvent décevante, comme il ressort de plusieurs exemples donnés par les intervenants. Lorsque, en décembre 2004, la Chambre des Lords a condamné la détention administrative illimitée, en la considérant comme contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et comme discriminatoire en raison de la différence de traitement entre nationaux et étrangers, cette victoire apparente s'est finalement transformée en défaite cuisante pour les défenseurs des droits de l'homme, puisque le gouvernement a utilisé ce jugement pour légitimer la généralisation de dispositions d'exception à l'ensemble de la population. Aux États-Unis, de même, les quelques décisions courageuses des cours de district déclarant inconstitutionnelles certaines dispositions du *Patriot Act* (telle l'obligation pour les fournisseurs d'accès internet de divulguer au FBI des données personnelles de leurs clients) ont été remises en cause en appel. On peut également évo-

quer le contentieux qui s'est noué autour des prisonniers de Guantanamo : à chaque décision de la Cour suprême critiquant une réglementation qui leur refusait l'*habeas corpus* et le droit à un procès équitable, l'Exécutif a répliqué en faisant adopter par le Congrès des dispositions qui tendent finalement à les maintenir sous un régime d'exception.

Force est de constater que, dans des périodes exceptionnelles, la sauvegarde de l'État – pour ne pas dire la raison d'État – passe avant les exigences de l'État de droit.

### IV. La banalisation de l'exception

Un des constats les plus frappants, c'est l'intégration progressive des dispositifs d'exception dans le droit commun. La frontière entre temps normal et temps d'exception s'estompe, le droit commun est contaminé par le droit dérogatoire.

La guerre et la paix étaient naguère bien distinctes. Pendant la guerre, le gouvernement pouvait utiliser à l'intérieur ses « pouvoirs de guerre », tandis que sur le plan international il n'était limité que par le droit international humanitaire. Aujourd'hui, la « guerre contre le terrorisme » instaure un état de guerre permanent, ce qui a pour effet d'abaisser le niveau général de protection des libertés.

La lutte contre le terrorisme est, de fait, l'exemple le plus manifeste de la banalisation de l'exception, mais il n'est pas le seul : à côté des lois antiterroristes, d'autres régimes spéciaux apparaissent et s'installent durablement. En France, la lutte contre le terrorisme a conduit à introduire dans la législation, dès 1986, des dispositions dérogatoires au droit commun, qui ont été aggravées en 1996 ; mais il y a eu aussi, par la suite, les lois successives contre les délinquants sexuels, contre la criminalité organisée, etc. Or toutes ces procédures dérogatoires sont intégrées au code pénal et au code de procédure pénale pour devenir des dispositions permanentes.

On a déjà évoqué, dans le même sens, l'expérience des États-Unis et du *Patriot Act*. En Grande-Bretagne, le *Terrorism Act de 2000* puis celui de 2001 ont permis, comme le *Patriot Act* américain, l'incarcération indéfinie, sans jugement ni inculpation, d'étrangers simplement soupçonnés de terrorisme. *The Prevention of Terrorism Act*, voté en mars 2005, a étendu ces mesures d'exception (détention sur la base d'un simple avis des services secrets, accès à tout moment au domicile, etc.) à toute personne soupçonnée d'être impliquée dans une action liée au terrorisme, sans considération de nationalité.

Au niveau européen, la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, dont l'adoption a été accélérée par les attentats du 11 septembre, qui vise à harmoniser les définitions des infractions terroristes et à rapprocher les niveaux des sanctions entre les États membres, est fondée sur cette même idée que, face au terrorisme, il faut sortir du droit commun, ou plus exactement qu'il faut intégrer dans le droit commun des mesures d'exception.

Mais quand l'exception devient permanente, que deviennent la démocratie et l'État de droit ?

## V. Conclusion : l'exception permanente, la démocratie et l'État de droit

À menaces exceptionnelles, mesures d'exception : telle est la justification du recours à des procédés exorbitants. Formellement, ces procédés sont compatibles avec les principes de la démocratie et de l'État de droit, puisqu'ils sont prévus par des textes et que leur utilisation est subordonnée à un contrôle. Et il est clair que, dans des circonstances exceptionnelles, face à un danger qui met en jeu les intérêts vitaux de la nation, les États peuvent, comme les conventions internationales les y autorisent, au nom d'une forme de légitime défense, suspendre ou restreindre la jouissance de certains droits. Encore faut-il que ces restrictions ne soient pas manifestement inadaptées ou disproportionnées au regard de la menace à laquelle elles sont censées parer, qu'on n'ait pas le sentiment que cette menace est brandie comme un prétexte pour poursuivre d'autres objectifs et renforcer globalement les pouvoirs de la police, que les dispositions d'exception cessent effectivement de recevoir application lorsque la menace n'est plus là.

Or ce qui frappe, aujourd'hui, c'est que l'exception se pérennise, qu'elle contamine le droit « commun », qu'elle engendre et justifie des pratiques de plus en plus attentatoires aux libertés. Plus grave encore, les esprits s'accoutument à ce régime d'exception qui tend à devenir la norme.

On sait bien que l'État de police se profile toujours à l'horizon de l'État de droit et que, dans les failles de l'ordre

juridique libéral, ont toujours fonctionné des mécanismes d'exception capables de le miner progressivement de l'intérieur. Mais jusqu'à quel degré de restrictions aux droits fondamentaux un régime peut-il continuer à se prétendre démocratique ? N'y a-t-il pas un moment où il faut accepter de dire qu'on n'est plus dans un État de droit digne de ce nom ?

Ce qui s'est passé pendant la guerre d'Algérie, les pratiques qui sont aujourd'hui tolérées, sinon justifiées, au nom de la lutte contre le terrorisme – telles la torture et la détention indéfinie – obligent à s'interroger sur le moment où l'on bascule des restrictions acceptables aux droits fondamentaux à la dénaturation pure et simple de ces droits. Mettre l'ennemi hors-la-loi : cette expression, dont l'expérience de Guantanamo nous montre qu'elle n'est pas seulement rhétorique, ne signe-t-elle pas la mort de l'État de droit ?

Lorsque les mécanismes institutionnels sont non seulement impuissants pour endiguer cette dérive mais contribuent à l'entretenir, il faudrait pouvoir compter sur la réaction des citoyens. Mais force est de constater qu'on ne voit guère se profiler, dans quelque pays que ce soit, une quelconque résistance des citoyens, anesthésiés par le discours sécuritaire et l'atmosphère de crainte entretenue autour du terrorisme international et de la délinquance interne, aux transformations induites par le perfectionnement continu des dispositifs de surveillance et l'aggravation constante de la répression.